



**Labyrinthe**

22 | 2005 (3)

La Biopolitique (d')après Michel Foucault

---

## Un art libéral de punir ?

Leon Loiseau

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/labyrinthe/1036>

DOI : 10.4000/labyrinthe.1036

ISSN : 1950-6031

### Éditeur

Hermann

### Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2005

Pagination : 77-86

### Référence électronique

Leon Loiseau, « Un art libéral de punir ? », *Labyrinthe* [En ligne], 22 | 2005 (3), mis en ligne le 22 juillet 2008, consulté le 21 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/labyrinthe/1036> ; DOI : 10.4000/labyrinthe.1036

---

Propriété intellectuelle

## UN ART LIBÉRAL DE PUNIR ?

Léon LOISEAU  
leon@latitudemag.com

*Surveiller et Punir* avait montré comment, entre la doctrine juridique traditionnelle, qui fait du corps du coupable le lieu où s'exerce la marque de la souveraineté, et le triomphe moderne du paradigme disciplinaire et carcéral avaient pu se développer, au XVIII<sup>e</sup> siècle, ces théories réformatrices de la « douceur des peines ». Destin singulier, car éphémère : comme le remarque Foucault dans l'analyse du projet de code pénal rédigé par Le Peletier de Saint Fargeau, ce texte, qui prétendait porter devant la Constituante les revendications éclairées du siècle pour des peines visibles et différenciées, se résout en un plaidoyer uniforme pour la prison. On sait comment le XIX<sup>e</sup> siècle consacrera définitivement cette rencontre, selon Foucault inédite, entre le droit pénal et des disciplines élaborées ailleurs (armée, médecine, maréchaussée...). Point donc de postérité réelle, selon *Surveiller et Punir*, pour la doctrine pénale des réformateurs.

Si bien que le grand absent de *Surveiller et Punir* est précisément le libéralisme. Volonté, certainement, de ne pas faire porter une nouvelle fois l'attention sur un objet si consensuel et si connu, mais, de façon plus directement critique, désir de montrer comment le discours édifiant et bavard des droits et des libertés ne s'était pas imposé sans la prolifération silencieuse de pratiques et d'institutions qui, loin de porter ces droits et ces libertés dans les plus petits détails du corps social, étaient bien plutôt un véritable « contre-droit<sup>1</sup> », un obstacle aux libertés, dans le siècle qui proclamait leur triomphe. Dans le nouveau droit, le simple mot de prison, ou d'enfermement, d'incarcération, introduit en lui toute la mécanique disciplinaire, et lui donne son sens véritable. On pourrait presque dire que, pour Foucault, il n'y a pas de *droit* pénal, sinon superficiellement.

---

1. Foucault, *Surveiller et Punir*, p. 224.

Par rapport à ce schéma hérité de *Surveiller et Punir*, les cours de Foucault sont porteurs d'un important changement de perspective. Dans *Sécurité, territoire, population*, le face-à-face entre le paradigme suppliciaire et l'appareil disciplinaire est bouleversé par l'introduction d'un troisième terme, le sécuritaire. C'est à travers ce paradigme nouveau de la sécurité que Foucault va en effet décrypter, au XVIII<sup>e</sup> siècle, la naissance du monde contemporain. Le sécuritaire, pour Foucault, c'est un nouvel art de gouverner qui prend appui sur la population comme vivant, avec sa dynamique, ses régularités et ses ratés, ses maladies et sa santé. L'art de gouverner selon la sécurité, ce n'est plus imposer sur tout le territoire le partage souverain du licite ou de l'illicite, mais ce n'est pas non plus produire méticuleusement ces individualités articulées que le pouvoir pourra pénétrer, selon le modèle disciplinaire. C'est considérer que le corps social est un corps qui se meut, et qu'il n'a pas à être empêché ou obligé, agi ou manipulé, mais qu'il doit être optimisé, maximisé dans sa force et dans sa vie. C'est donc, bien sûr, la science économique qui, pour Foucault, est le signe et le moyen de ce nouvel art de gouverner selon la sécurité, dont le mot d'ordre est « laisser-faire ». Tout le libéralisme tel qu'il se constitue au XVIII<sup>e</sup> siècle consiste ainsi à dessiner un espace de non-intervention, par rapport auquel l'action gouvernementale ne saurait être que mesurée et littéralement marginale.

Ce qui était absent de *Surveiller et Punir* constitue donc maintenant le cœur de la réflexion, dans *Sécurité, territoire, population*, mais plus encore, sous la forme du néolibéralisme, dans *Naissance de la biopolitique*. Qu'il y ait là une importante évolution, et non pas simplement un changement d'objet, Foucault le signale lui-même (*STP*, p. 50). Il se pourrait, dit-il, qu'il ait eu tort, dans *Surveiller et Punir*, de définir le XVIII<sup>e</sup> siècle finissant comme le moment où les disciplines viennent définitivement contrer l'émergence des libertés politiques et civiles, comme étant la contrepartie sombre, silencieuse, des avancées concédées par le pouvoir sur le plan des libertés. Car, plus radicalement peut-être, ce sont ces libertés elles-mêmes, qui sont en fait, dans le jeu sécuritaire qui se met alors en place, des stratégies de pouvoir. Si bien que le discours du droit et du libéralisme, il ne faut plus l'interpréter comme la pellicule hypocrite sous laquelle opèrent les disciplines, mais comme l'expression, absolument pas dissimulatrice, d'un tout nouvel art de gouverner. Si bien qu'au début de la troisième leçon de *STP* le panoptique, véritable idéal-type de la modernité dans *Surveiller et Punir*, se voit quali-

fier, au regard des politiques de sécurité que nous découvrons, d'« archaïque » (p. 68).

Quelles conséquences si l'on revient maintenant à l'objet de *Surveiller et Punir*, la pénalité ? On pourrait s'attendre à ce que le paradigme libéral conduise Foucault à une réévaluation de la postérité de la pensée réformatrice. Certains indices, dès le début de *STP*, semblent en effet aller dans ce sens.

Ce que Foucault met sous le terme de sécurité fait en effet écho à certaines lignes de forces de la position réformatrice en pénalité. D'abord, bien sûr, toute la thématique d'un pouvoir distant, respectueux de ce que l'on appellera la « société civile ». On pense à Beccaria, pour qui, non seulement, il faut punir le moins possible, mais pour qui également le législateur est un « législateur invisible<sup>2</sup> ». Difficile également de ne pas faire le parallèle entre ce que Foucault dit des évolutions architecturales, plutôt même urbanistiques, à partir de l'exemple de la ville de Nantes, et certains propos, là encore, de Beccaria. Selon lui, le concept sous-jacent à cette nouvelle approche urbanistique est proche de celui du milieu physique newtonien comme « le support et l'élément de circulation d'une action » (*STP*, p. 22). Pour Beccaria, « le législateur agit comme l'architecte habile dont le rôle est de s'opposer aux forces destructives de la pesanteur et de mettre en œuvre celles qui contribuent à la solidité de l'édifice<sup>3</sup> ». Dans les deux cas, l'art de gouverner s'adresse à un milieu vivant, avec ses propres forces et ses propres relations, qu'il s'agit d'aménager dans le sens d'une optimisation, et non pas de définir ou de quadriller en vue de la réalisation d'une fin dont le secret serait détenu par l'État. Bien évidemment, ces quelques caractéristiques de la pénalité réformatrice ne sont pas le propre de Beccaria. On retrouvera des idées similaires dans toute la littérature « éclairée » sur la pénalité.

Or, cette attente a été, partiellement au moins, déçue. Presque pas un mot, dans *STP*, sur la pénologie réformatrice des Lumières.

Pour éclairer les raisons de cette absence, il est intéressant d'examiner un des rares passages de ces deux cours où Foucault fait retour sur la question de la pénalité, dans la leçon du 21 mars 1979 de *Naissance de la biopolitique*. Foucault, qui questionne alors le néolibéralisme américain, mentionne les travaux des économistes du crime, plus parti-

---

2. *Ibidem*, § VI.

3. *Ibidem*.

culièrement ceux de Gary Becker, auteur, en 1968, d'un article pionnier en la matière<sup>4</sup>.

Quelle lecture Foucault en fait-il, et donc, à travers lui, des – nombreux – travaux qu'il a inspirés<sup>5</sup>? Immédiatement, il les compare aux écrits classiques de Beccaria et de Bentham, sous le signe de l'utilitarisme. Difficile en effet de ne pas faire une telle comparaison. Comme eux, Becker analyse l'action de la politique criminelle dans les termes d'une offre négative devant contrebalancer, pour l'agent, les bénéfices éventuels de l'action ou du comportement incriminés. Comme eux également, Becker semble soucieux d'économiser la dépense, et de penser – pour reprendre l'expression benthamienne – un régime des peines frugales. Ainsi, c'est bien là en partie ce que nous attendions : Foucault reconnaît une postérité de la pensée pénale réformatrice, dans les termes mêmes de cette gouvernementalité libérale ou néolibérale. Reconnaissance de portée néanmoins fort limitée, limitation qui éclaire les raisons pour lesquelles ces réformateurs ne sont pas apparus plus tôt dans les deux cours, et plus massivement : « L'analyse des néolibéraux, dit Foucault, consiste à reprendre, au fond, ce filtre utilitaire qui avait été celui de Beccaria, de Bentham, en essayant d'éviter, dans toute la mesure du possible, cette série de glissements qui avait fait qu'on était passé de l'*homo œconomicus* à l'*homo penalis*, et finalement à l'*homo criminalis* : s'en tenir, dans toute la mesure du possible, grâce à une analyse qui serait purement économique, à un *homo œconomicus* et voir comment le crime, peut-être la criminalité, peut être analysé à partir de là ; autrement dit, essayer de neutraliser tous ces effets qui viennent du moment où on a voulu – ce qui était le cas de Beccaria et de Bentham – repenser les problèmes économiques et leur donner forme à l'intérieur d'un cadre juridique qui serait absolument adéquat. » (NB, p. 256.)

Passage crucial où l'on trouve à la fois une généalogie du projet pénal des économistes néolibéraux, et aussi une analyse par Foucault, dans de

---

4. Gary Stanley Becker, « Crime and Punishment: An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2, 1968, p. 169-217.

5. Pour une recension et une analyse – sévère – de ces travaux, parue peu avant cette année 1979, voir Philippe Robert, Thierry Godefroy, avec la collaboration de Marie-France Armand, *Le Coût du crime ou l'économie poursuivant le crime*, Masson, Genève, 1978. De façon amusante, les auteurs de cet ouvrage déplorent que Foucault ne se soit pas intéressé à cette littérature. On peut hasarder l'hypothèse que Foucault, qui en a peut-être pris connaissance, entre autres, par leur intermédiaire, ait répondu à cet appel.

grandes lignes, de l'évolution et du sens des doctrines réformatrices des Lumières, marquées selon lui par ce « rêve » d'une symbiose entre utile et droit. « L'histoire du droit pénal, continue laconiquement Foucault, a montré que cette adéquation ne pouvait pas être faite. »

Ainsi, la raison pour laquelle les pénalistes réformateurs des Lumières n'ont pas été appelés à figurer parmi les représentants de ce nouveau paradigme du sécuritaire et du libéral réside dans leur incapacité, selon Foucault, à se défaire de l'encombrant paradigme juridico-légal.

Cette impossibilité d'un droit pénal authentiquement « libéral », cette impasse théorique consistant à vouloir articuler le règne du droit et un modèle social économique, dans laquelle les réformateurs se seraient enfermés, est donc mise en valeur par ce que Foucault prétend trouver chez les néolibéraux quant ils s'intéressent au crime : l'abandon du paradigme juridico-légal, en faveur d'une nouvelle façon de penser la politique criminelle, réalisant ainsi les promesses, esquissées mais non tenues, de la réforme des Lumières.

Cette analyse pose toutefois un certain nombre de difficultés.

Tout d'abord, Foucault nous semble faire fausse route quand il indique que le point ultime que visent les néolibéraux est une politique criminelle dégagée du paradigme de la loi. Bien au contraire, le texte de Becker ne sort absolument pas de l'idée que c'est la loi pénale qui est ce « moyen sensible », pour reprendre Beccaria, permettant de construire une politique criminelle. Au prix, peut-être, d'une certaine naïveté, et d'une défense assez sommaire d'une étiologie simpliste du passage à l'acte.

Ainsi, le juridique – la loi pénale – est encore au cœur de ces analyses. L'*homo œconomicus* n'est atteint que parce qu'il est également *homo penalis*. Cela mérite d'être souligné, d'autant qu'au moment où les théories de Becker *et alii* se constituent, la criminologie américaine subit l'influence croissante des *labeling theories* (théories de l'étiquetage<sup>6</sup>). Constatant entre autres l'effet criminogène et inégalitaire de la stigmatisation résultant pour un agent de son passage par les institutions pénales, les tenants de ces théories prônent une politique de désincrimination et de dépénalisation. Or, ce ne sont pas ces voies que les néolibéraux ont

---

6. L'ouvrage classique de Howard Saul Becker, *Outsiders*, a été publié à New York par Free Press en 1963.

faites leurs, mais bien celles de la loi, et de l'appareil d'*enforcement* (c'est-à-dire l'ensemble des moyens et des dispositifs qui donnent force à la loi). Quand l'économie se met « à la poursuite du crime », elle le fait au moyen, et au seul moyen, de la loi pénale.

Cela amène peut-être à considérer un paradoxe politique et historique plus apparent pour nous aujourd'hui qu'il ne l'était pour Foucault lorsqu'il prononçait ses cours. Dans un remarquable ouvrage<sup>7</sup>, James Whitman constate aux États-Unis, depuis la seconde moitié des années 1970, un très sensible glissement des pratiques pénales vers une sévérité accrue, aussi bien dans les peines prononcées que dans l'extension du champ de l'incrimination, mettant fin à un certain consensus « humaniste » de l'après-guerre, et dont les *labeling theories* constituaient un pendant criminologique. Cette poussée vers la sévérité s'exprime également par le *determinate sentencing* (système de peines fixes) : la peine prononcée pour chaque crime doit être idéalement la même pour tous, sans que l'on tienne compte des circonstances de l'acte, de l'histoire individuelle, des perspectives de réinsertion, etc.

Selon Whitman, ce phénomène s'ancre dans une vivace tradition d'un *beccarianism* américain : la terre d'élection des Lumières pénales européennes, et particulièrement de leur égalitarisme légal, ce n'est pas l'Europe, mais les États-Unis. Ainsi Becker argumente-t-il contre la prise en compte de la situation du coupable quand il s'agit de fixer la quantité de peine. Tel est donc le paradoxe : c'est la *loi pénale* dans laquelle s'exprime l'ambition néolibérale en matière de politique criminelle. Loi pénale, qui plus est, pensée sur le modèle beccarien d'une loi égalitaire, établissant, pour chaque infraction, un tarif.

Foucault n'a donc pas vu ce qu'un texte comme celui de Becker annonce clairement : en matière criminelle, le développement de la méthode micro-économique, ramène au droit et à la loi. Directement ou indirectement, c'est la loi pénale qui permet de fixer le coût du crime.

Pourquoi Foucault a-t-il donc masqué le caractère « légitimé » de la doctrine néolibérale du crime ? C'est qu'on voit mal comment il aurait pu accorder une telle constatation à son ambition de dessiner la nouveauté radicale de la théorie néolibérale du gouvernement. Rappelons que pour une importante part de la doctrine pénale, notamment française, la pénalité « tarifaire » des réformateurs éclairés et du code pénal de 1791 était

---

7. *Harsh Justice*, Oxford University Press, 2003.

déjà un moment archaïsant à l'aube de la modernité<sup>8</sup>. Comment se fait-il que le néolibéralisme n'ait pas donné lieu, en matière de réflexion pénale, à ce que Foucault semblait attendre de lui ? On peut interpréter ce phénomène d'une manière qui donnerait au moins partiellement raison à Foucault : le droit est par essence étranger à ce paradigme « sécuritaire » et libéral. Non pas qu'une pratique gouvernementale libérale ne puisse faire appel au droit. On sait même que le droit pénal, de Locke à Nozick, c'est pour ainsi dire ce qu'il reste du droit et de l'État, une fois ceux-ci passés au rasoir d'Occam politique du libéralisme<sup>9</sup>. Mais le droit en lui-même, quelle que soit la stratégie d'ensemble au nom de laquelle il est mobilisé reste prisonnier d'une forme essentielle : partage du licite et de l'illicite, châtiment des coupables, etc. Foucault ne suggère d'ailleurs jamais, bien au contraire, que les différents outils dont se dote un dispositif de gouvernement doivent ressortir de la même rationalité formelle. On comprendrait alors que la modernité néolibérale ne pouvait que retrouver, et utiliser selon l'ordre des fins qui lui est propre, un dispositif lui-même étranger à cette modernité. En déconnectant ainsi rationalité formelle et ordre des fins, on peut comprendre (mais d'une manière différente que celle suggérée par Foucault dans *Naissance de la biopolitique*) les similitudes et les différences entre les néolibéraux et les théories pénales des Lumières : ce qui reste, c'est le partage, accompagné de sanction, entre le licite et l'illicite, sous la forme de la loi. Ce qui change, ce sont les fins : quand la doctrine pénale des Lumières reste préoccupée du juste et de l'injuste, une théorie comme celle de Becker se présente comme une théorie simplement préoccupée de minimiser le coût social du crime.

Nous voudrions toutefois suggérer une autre interprétation. Car, si un auteur comme Becker reprend bel et bien à son compte le paradigme légal et pénal, ce n'est pas sans y apporter une inflexion particulièrement intéressante. L'argumentation qu'il propose en faveur de la généralisation des amendes est révélatrice. On y gagnerait d'abord en terme de coûts,

---

8. Voir par exemple Robert Saleilles, *L'Individualisation de la peine*, Paris, Alcan, 1927 (3<sup>e</sup> édition), chap. 2.

9. Dans ce sens voir *STP*, p. 361 : le nouvel art de gouverner libéral/sécuritaire va de pair avec la dislocation de l'État de police moderne. D'une part, des mécanismes de gestion économique, dont le mot d'ordre est « laisser-faire ». D'autre part, « un certain appareil ou un certain nombre d'instruments, qui vont assurer que le désordre, les irrégularités, les illégalismes, les délinquances, seront empêchés ou réprimés », fonctions « seulement négatives ».



explique-t-il, notamment si l'on songe aux coûts du système carcéral. De plus, l'amende étant versée à la partie offensée, privée ou publique, une telle punition permet de réaliser une des fins possibles de la punition, à savoir compenser, sans pour autant abandonner la dissuasion. À quoi sommes-nous dès lors invités ? À une véritable « civilisation » d'une grande partie du contentieux pénal. Le criminel devient un débiteur pour ce qu'il est entré avec autrui dans une transaction involontaire, écrit Becker, paraphrasant ainsi (consciemment ?) les passages du livre V de l'*Éthique à Nicomaque* consacrés à la justice corrective. Le « débiteur » insolvable ira en prison pour une durée à hauteur de son dû. La boucle est bouclée, quand le droit pénal se résout enfin dans ce qui constituait, peut-être, son origine, et quand le gardien des échanges leur devient homologue. Victoire manifeste, en effet, de l'*homo æconomicus* sur l'*homo penalis* comme également l'*homo criminalis*, mais qui se réalise dans la forme juridique de la *contractualité*. Il n'y a plus de criminels, il n'y a que des créanciers et des débiteurs. Idéalement, pour Becker, nous devrions assister à un dépérissement du droit pénal, à son incorporation dans le *tort law* (mise à part la question de la neutralisation des individus dangereux). Il y aurait donc un curieux archaïsme d'une telle modernité.

L'histoire de la punition n'est-elle pas celle de son émancipation progressive d'une pénalité privée vers une pénalité publique, émancipation accompagnée d'une distinction de plus en plus ferme de ce qui était autrefois confondu, entre ce qui relève de la peine et ce qui relève de la réparation ? Cette histoire se confond bien sûr avec celle de la prise en main par l'État du monopole de la punition. Foucault partage les grandes lignes de cette vision classique<sup>10</sup>. Elle est cependant mise en difficulté par ce paradoxe : la Révolution française, avec laquelle se constitue décisivemement la figure moderne de l'État, adopte une loi pénale qui rappelle, pour Saleilles, celle des tribus germaniques. Aberration passagère, explique ce dernier, justifiée en son temps par les excès de l'arbitraire d'Ancien Régime. Aberration qui réapparaît cependant sous la plume de nos néolibéraux, et qui s'accorde parfaitement bien avec le thème, développé par Foucault, de la « phobie d'État », qui préférera cette quasi-contractualisation du champ pénal à la multiplication des appareils et des institutions répressives.

---

10. Voir par exemple Foucault, *DE*, vol. 2, p. 390 *sq.* ou p. 796.

Il y a certes loin de ces conceptions théoriques aux pratiques pénales. Reste cependant que Foucault nous semble avoir manqué ce nouveau paradigme possible de la pénalité, qui aurait pourtant constitué un instrument adéquat pour penser un devenir « libéral » du droit pénal lui-même.

Peut-être est-ce la focalisation de Foucault sur les matières relatives au droit public et au droit pénal, au détriment d'un intérêt aussi prononcé pour les questions relatives aux institutions juridiques privées qui explique une telle distorsion. Il a toujours existé entre ces institutions une mutuelle perméabilité : on a vu comment l'histoire des relations entre droit pénal et institutions privées ne saurait se limiter à l'histoire classique de la progressive publicisation de la peine. Le partage entre public et privé, au sein même de l'exercice de la pénalité reste toujours en question, et la séparation canonique de la réparation et de la punition, toujours marquée d'instabilité. C'est peut-être pourtant dans ces rapports que se joue la question d'un droit propre à une gouvernamentalité néolibérale. Foucault, si attentif à ne pas reconduire les grands récits linéaires, a peut-être trop succombé à l'historiographie classique de la peine et du droit de punir : plus moyen dès lors de la réconcilier avec la modernité libérale qu'il découvre, d'où son étrange cécité aux propos effectivement tenus par Becker.

Ce biais historiographique se combine avec un autre biais, philosophique. Les dernières leçons de *Naissance de la biopolitique* sont assez éclairantes à cet égard. Foucault y soulève la question suivante : « Je crois que le problème et ce qui va enclencher toute la problématique de l'*homo œconomicus*, c'est de savoir si ce sujet de l'intérêt ainsi défini<sup>11</sup>, si cette forme de volonté que l'on appelle intérêt peut être considérée comme de même type que la volonté juridique ou si elle peut-être considérée comme articulable sur elle. » (NB, p. 277.)

À cette question cruciale, Foucault répond par un « non » particulièrement ferme. À l'appui de son propos, il invoque significativement la critique que Hume, dans son essai sur le « Contrat originel », apporte à la théorie *whig* du contrat social, et se range entièrement du côté de cette critique conceptuelle.

Si c'est l'intérêt qui nous pousse à contracter, alors rien ne peut garantir ni rendre obligatoire le respect des termes du contrat. L'intérêt ne peut s'introduire sans dommage dans le droit, il ne pourra que le ronger et le

---

11. Dans les termes de l'empirisme de Locke et de Hume.

menacer de l'intérieur comme le vers dans le fruit. Il faut remarquer que la leçon de Foucault est typiquement kantienne. Un droit qui admet des exceptions, comme tout droit qui se laisserait fonder sur l'utile<sup>12</sup>, un tel droit n'est plus *vraiment* du droit. Quand Foucault qualifie de « laxiste » (NB, p. 277) les analyses de ceux qui, nombreux au XVIII<sup>e</sup> siècle, veulent, comme Blackstone, affirmer la possible alliance du juste et de l'utile, difficile de ne pas entendre un air kantien, tout comme dans ces passages où il analyse le contrat comme opérant en l'homme une scission où prend place un principe intangible d'autolimitation (NB, p. 279). Et dès lors, sans doute l'*homo aeconomicus* est-il « absolument hétérogène et non superposable à l'*homo juridicus* » (NB, p. 280). Si donc le libéralisme et le néolibéralisme sont le triomphe de l'*homo aeconomicus*, rien de surprenant à ce que les réformateurs des Lumières soient quasiment écartés des deux cours, et que Foucault ne puisse analyser les discours néolibéraux sur le crime qu'en faisant l'impasse sur leur légicentrisme.

Il aurait peut-être fallu que Foucault fasse ici preuve de plus de nietzschéisme, et de moins de kantisme. Dans la deuxième dissertation de la *Généalogie de la morale*, Nietzsche ramène l'obligation privée, comme la punition, aux dures réalités du commerce. C'est l'intérêt, et l'intérêt économique, qui est la source du droit et du contrat, loin que le droit soit menacé par l'intérêt. La vision d'un droit essentiellement construit contre l'intérêt privé, ou en vue de sa limitation essentielle, on a vu comment elle trouvait à s'épanouir dans l'histoire du droit pénal, au moins autant que dans celui du droit public ou dans les théories du contrat social, le pouvoir étatique confisquant le droit de punir au nom de la justice, n'eût-elle comme fonction que d'exprimer la grandeur du souverain, ou d'exercer un contrôle social, contre l'exercice des justices privées. Histoire trop simple peut-être et qui oublie que ce droit de punir n'a pour ainsi dire jamais exorcisé son origine, que le problème de sa « civilisation » se pose de façon récurrente à la modernité libérale, ce que Foucault, figeant le droit sous les auspices de la souveraineté et de l'État, n'a pas aperçu. De façon d'autant plus regrettable, que, à faire descendre le droit de son piédestal kantien, il aurait trouvé là de quoi étayer nombre de ses intuitions sur le nouvel art de gouverner.

---

12. Question évidemment complexe et constante pour la théorie utilitariste. Pour une argumentation concluant en ce sens, voir par exemple David Lyons, « Utility and Rights » dans Gerald J. Postema (dir.), *Bentham : Moral, Political and Legal Philosophy*, vol. 1, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 313 *sqq.*